



ISSN 2236-8957

# Revista da EMERJ

*Abril/Junho*

*V. 23 - n. 2 - Ano 2021*

*Rio de Janeiro*

# Petróleo, Contrato de Partilha e sua Recém Reforma

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

*Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2000). Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ desde 2004. Co-Líder de Grupo de Pesquisa de Direito do Petróleo e Co-Líder de Grupo de Pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável, IBMEC/RJ.*

## **RESUMO:**

O presente trabalho pretende analisar a conjuntura atual no que concerne ao direito do petróleo, em especial, à questão do pré-sal. Nesse contexto, o contrato de partilha foi o modelo adotado para a exploração do petróleo em águas ultraprofundas, contudo, seu conteúdo e exigências têm sido bastante questionados, o que, por sua vez, deu ensejo à reforma de seu respectivo marco legal. Desse modo, este estudo tem o intuito de dimensionar em que medida a atual revisão legal soluciona as principais críticas ao modelo do contrato de partilha.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de Partilha; Exploração do pré-sal; Reforma do marco legal de partilha da produção.

## **ABSTRACT:**

The present paper intends to analyze the actual scenario related to petroleum law, in particular the pre-salt layer. The production sharing contract was the model chosen for the exploration in ultra- deep waters, however its substance and demands have often been questioned and, so far, there has been a recent reform in its legal framework. In this context, the aim of this work is to measure how this legal revision is able to solve the main concerns that were addressed to the production sharing contract model.

**KEYWORDS:** Production sharing contract; Pre-salt exploration; Production sharing legal reform.

## INTRODUÇÃO

O petróleo vem a ser uma das maiores fontes de energia da atualidade, portanto é bastante cobiçado por todos os países no planeta. A identificação de se tratar de um recurso natural esgotável o torna ainda mais desejado, especialmente em função de ser estratégico.

Qualquer país que detenha esse recurso natural deve explorá-lo, seja por meio de empresa estatal ou sob a forma de um contrato administrativo, nos moldes da concessão ou da partilha.

No Brasil, há dois modelos contratuais, o de concessão para todos as áreas residuais, ou seja, para todos as áreas, *onshore* ou *offshore*, fora do Polígono do Pré-sal e, por sua vez, o de partilha para o pré-sal.

Por ocasião da elaboração do marco legal do pré-sal, o governo de então considerou mais vantajoso para o país que se utilizasse do Regime de Partilha, com o intuito de que o Brasil pudesse usufruir mais dos recursos econômicos decorrentes da exploração que esse modelo propicia.

Algumas ponderações advieram das imposições feitas pela lei, em especial, quanto ao papel da Petrobras.

## 1. HISTÓRICO DO SETOR DO PETRÓLEO

### 1.1. Abordagem histórica mundial da indústria do petróleo

O petróleo, não com a configuração que hoje se apresenta, já tem sido utilizado para diferentes fins desde a Antiguidade. De tratamento de ferimentos, impermeabilizante de tendas e em substituição ao óleo de baleia na iluminação de grandes centros, o petróleo se fez presente em várias civilizações (como a chinesa, a inca e a egípcia), mas apenas em meados do século XIX começou a ser utilizado para os mesmos fins da atualidade.

A grande expansão do petróleo se iniciou com a descoberta do querosene pelo canadense Abraham Gesner, em 1859, com o americano Edwin Laurentine Drake, que perfurou o primeiro poço para a procura do petróleo, na Pensilvânia - o poço revelou-se produtor e a data passou a ser considerada a do nascimento da moderna indústria petrolífera, e, ainda, em função da criação da primeira empresa de petróleo do mundo, a *Pennsylvania Rock Oil Company*.

Durante todo o século XIX, os Estados Unidos dominaram o comércio petrolífero mundial; isso se deu, em grande parte, à atuação do empresário John D. Rockefeller, que, em 1870, fundou a *Standard Oil Company*.

A *Standard Oil Company* se caracterizou como sendo a primeira companhia preocupada com bons produtos e baixo custo de produção. Ocorre que, posteriormente a isso, Rockefeller criou um modelo de negócios que controlava a produção de petróleo da sua exploração até a sua distribuição, valendo-se de uma economia de escala para alavancar os seus lucros. Isso só foi possível porque, nos EUA, os direitos de propriedade garantiam ao dono do solo tudo o que dele fosse extraído, no caso específico, o petróleo. O seu sucesso foi tão grande, que começou a preocupar o governo americano, que acabou por promulgar a lei *Sherman Act* (lei antitruste com o intuito de controlar empresas que tinham um domínio muito grande do mercado).

A *Standard Oil* foi obrigada a dissolver o seu monopólio em 1911, entretanto o poderio de Rockefeller permaneceu. O empreendedor teve a brilhante ideia de transformar sua corporação em 34 companhias independentes como a *Standard Oil*, a *New Jersey S.O.* e a *New York Socony (Mobil)*, entre outras.

Outro destaque no comércio mundial foi a empresa de capital anglo-holandês *Royal Dutch-Shell Group*, que era apoiada pelo governo britânico. Sua expansão foi rápida e impactante, levando-a a controlar grande parte das reservas do Oriente Médio já no início do século XX<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sobre a história da indústria do petróleo, ver mais profundamente em YERGIN, Daniel. O Petróleo. Uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. São Paulo: Paz e Terra. 2010.

Em 1930, a *Royal Dutch-Shell* e mais 6 empresas derivadas da dissolução da *Standard Oil Company* formaram *joint ventures* para a exploração de campos petrolíferos estrangeiros. Essa união ficaria conhecida como o “Cartel das Sete Irmãs”, que seguiria o mesmo modelo de economia de escala de Rockefeller.

A base dos lucros dessas empresas consistia em produzir, por custo muito baixo, petróleo sob o regime de concessão, refiná-lo para alavancar o seu preço e deter o controle dos meios de transporte eficazes para suprir os seus consumidores mundo afora.

Após a Segunda Guerra, nos anos 1950 e 1960, o Oriente Médio e alguns países africanos desenvolveram produção de petróleo e derivados. Esse fato, somado aos movimentos de descolonização, fez com que os países produtores de petróleo criassem organizações como a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), com o intuito de garantir preços de venda mais justos, coordenar a política desses países com recente extração independente de petróleo, reduzindo a hegemonia americana nesse segmento.

Os eventos supramencionados, mais o incidente de *Yom Kipur* (em que a OPEP elevou muito os preços do petróleo), levaram à primeira crise internacional do petróleo, o que reduziu as exportações para os Estados Unidos e alguns países europeus. Esse acontecimento gerou instabilidade na indústria petrolífera e enfraqueceu o papel das Sete Irmãs. Esse momento que abalou todo o planeta é conhecido como a primeira Crise Mundial de Petróleo.

Em 1974, foi criada a AIE (Agência Internacional de Energia), cujo trabalho visava à redução da utilização do petróleo em prol de fontes de energia alternativa, o que, no futuro, levou a uma redução do preço do petróleo pela OPEP.

Em 1979, ocorreu mais uma crise no mercado petrolífero, causada pela Revolução Islâmica do Irã.

Pode-se dizer que, em função das duas grandes crises de petróleo, na década de 1980, deu-se uma revolução nos contratos do setor de petróleo, que passaram a ter um interesse de longa

duração com estatais de países que já o exploravam. Deu-se assim o surgimento de *joint ventures*<sup>2</sup>, cuja finalidade era reduzir os custos e aumentar os lucros.

## 1.2. Principais aspectos no caso brasileiro

O histórico brasileiro de exploração do petróleo teve seu início com a Independência do Brasil, sendo do Império a propriedade da riqueza do subsolo. Com a criação da Petrobrás, por meio da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, a União passou a deter o monopólio das atividades de pesquisa e lavra de jazida de petróleo, refinação, transporte marítimo do petróleo bruto e seus derivados. O CNP – Conselho Nacional de Petróleo<sup>3</sup> - passou a ser o órgão de fiscalização e orientação da Petrobrás e de suas subsidiárias, como órgãos de execução.

O monopólio estatal do petróleo foi consolidado a partir da Constituição de 1967 por determinação do então Presidente da República, tendo sido adotados no Brasil os contratos de prestação de serviços para a exploração de petróleo, com cláusulas de risco.

Segundo Elaine Ribeiro<sup>4</sup>:

Os contratos de risco foram de grande valia para o capital nacional, tendo em vista que havia o monopólio estatal, e a empresa privada que contratava com a Petrobrás, após a descoberta, assegurava o reembolso dos custos e das pesquisas feitos para a exploração em um determinado campo. Assim, o país hospedeiro (Brasil) ficava como controlador e supervisor das operações petrolíferas. Dessa maneira, os acordos

2 As bases para o oferecimento de proposta conjunta para atuação em projetos de E&P se dá por meio do JBA – *joint bidding agreement*, e, somente após poderá ocorrer a *joint venture non corporate*. Ver em AMUI, Sandoval. Petróleo e Gás Natural – para advogados e negociadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

3 A criação do CNP, pelo Decreto-Lei n. 395, de 29 de abril de 1938, representou a primeira iniciativa consistente do Estado brasileiro de regulação do setor petrolífero. Constituiu o ponto final de um processo que, iniciado com a promulgação da Lei de Minas de 1921, tornou-se mais tenso a partir de 1933, com o conflito entre empresários e grupos técnicos do Estado em torno da exploração do petróleo no país, e culminou com a vitória das posições nacionalistas, sustentadas sobretudo por segmentos do Exército. O CNP foi concebido como um órgão colegiado, composto pelos ministros das três Forças Armadas, os ministros da Fazenda e do Trabalho, Indústria e Comércio, e representantes de sindicatos da indústria e do comércio. Suas decisões sempre obedeceram à orientação preponderante de seu presidente, nomeado pela Presidência da República, e eram passíveis de veto por parte dos ministros militares. Seu corpo técnico, constituído sobretudo após 1941, viria a constituir a fonte mais importante de recursos humanos para a Petrobrás.

4 Ver mais profundamente em RIBEIRO, Elaine. Direito do Petróleo, Gás e Energia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 15.

trouxeram contribuição interna para o país, já que se investia em qualificar a mão de obra e o desenvolvimento da pesquisa interna sobre o tema.

Dessa forma, muito embora tenham sido bastante tímidas as descobertas oriundas desse sistema, o país teve muito a agregar, em especial, a Petrobrás, pois obteve ganhos indiretos que, na atualidade, pode-se perceber como grandiosos em face de seu desenvolvimento tecnológico e operacional, podendo-se, ousar dizer que foi alavancado pela utilização desse sistema.

### **1.3. Emenda Constitucional nº 9**

O início da década de 1990 é de fundamental importância para que se possa entender o contexto que possibilitou a flexibilização da exploração, produção e refino na indústria do petróleo e gás natural.

Isso porque, a política econômica, até então, pautava-se no Nacionalismo, na intervenção estatal em diversos segmentos da sociedade e do mercado – considerados estratégicos –, e no financiamento externo, o que acarretou ao Brasil uma economia fechada, altos índices de inflação e uma crise generalizada.

No governo de Fernando Collor, iniciou-se o neoliberalismo no país, adotando-se o processo de privatizações, para retirar da competência do Estado a execução e prestação de determinados serviços, restando ao Estado as áreas básicas, como, por exemplo, a saúde, a educação e a segurança, setores em que o Poder Público deveria se concentrar.

Assim, o Estado Moderno, ao flexibilizar algumas atividades que antes eram de sua exclusiva execução, passou a exercer uma de suas funções constitucionais – até então precariamente exercida –, qual seja, a de estabelecer políticas econômicas, além de regular e fiscalizar a economia, permitindo, assim, a participação de todos os agentes econômicos nos diversos setores da sociedade, com especial atenção ao mercado petrolífero.

A flexibilização supracitada permitiu a atração de capital privado para determinadas atividades em que se requeria a expansão dos investimentos em volume insuscetível de financia-

mento exclusivo por parte do Estado e seus *longa manus*, como a Petrobrás, por exemplo.

Reitere-se que, historicamente, a criação da Petrobrás se deu em razão de uma forte campanha popular denominada “O Petróleo é Nosso”, dando à empresa o monopólio da exploração, produção, refino e transporte da *commodity* e seus derivados, um marco histórico no país.

*A posteriori*, o monopólio supracitado havia sido elevado à categoria de norma constitucional com a Carta de 1967 – outorgada, diga-se de passagem –, que previa, em seu art. 169, alterado pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, que “a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”.

A Constituição Cidadã, promulgada em 1988, não dispôs de outra forma, disciplinando, em seu art. 177, que constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades anteriores, entre outras, todas relacionadas com a indústria petrolífera.

Entretanto, o referido dispositivo foi, posteriormente, alterado pela Emenda Constitucional nº. 9, de 1995, mantendo o monopólio do petróleo com a União, isto é, permanecendo esta como titular do domínio sobre os recursos minerais, inclusive, conforme dispõe o art. 20, IX, da CRFB/88, inovando, contudo, ao dar uma nova redação ao art. 177, §1º, do mesmo diploma legal, permitindo, no sistema de pesquisa e de lavra, a opção de contratar empresas privadas ou estatais para a execução desse trabalho ou a manutenção do atual sistema, nos termos da lei.

Assim, a referida Emenda Constitucional tornou possível a entrada de empresas privadas em todos os elos da cadeia do petróleo e do gás natural no Brasil, determinando, contudo, a elaboração de uma lei infraconstitucional que garantisse o fornecimento de derivados do petróleo em todo o território nacio-



nal, especificando, ainda, as condições de contratações entre as empresas supracitadas e a União, assim como a estrutura e as atribuições de seu futuro órgão regulador.

Nessa esteira, foi promulgada a Lei nº. 9.487, de 1997, conhecida como a Lei do Petróleo, que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP, atualmente, Agência Nacional do Petróleo, culminando em um novo marco regulatório do setor petrolífero no Brasil.

#### 1.4. Lei do Petróleo e a criação da ANP

A Emenda Constitucional Nº 9, de 09 de novembro de 1995, foi criada para modificar o art. 177 da CF/1988, com a finalidade de flexibilizar<sup>5</sup> o monopólio das atividades de E&P (Exploração e Produção) da indústria petrolífera, colocando fim a mais de 40 anos do monopólio estatal exercido pela Petrobrás. A Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) complementou (regulamentou) a Emenda Constitucional nº 9/95 e teve por objetivos o estímulo à concorrência, a atração de investimentos e a regulamentação das participações governamentais sobre a exploração e produção de petróleo e gás natural:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1995 - DOU DE 10/11/1995

Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

As MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º art. 60, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 177.

§1º *A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.*”

Art. 2º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 2º com a redação seguinte, passando o atual § 2º para § 3º, no art. 177 da Constituição Federal:

---

<sup>5</sup> Ressalte-se que, na ocasião, havia entendimento de que se tratava de uma quebra do monopólio estatal e não uma flexibilização. Na atualidade, essa discussão já se encontra ultrapassada.

“Art.177.

§2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

Art. 3º É vedada a edição de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

Brasília, 9 de novembro de 1995.

Com isso, houve grande transformação no setor petrolífero no Brasil, consolidando, assim, a abertura do mercado brasileiro para as empresas privadas desenvolverem as atividades desse setor, tendo uma agência reguladora para controlar tais atividades.

A respeito dessa flexibilização, destaca-se:

(...) a Emenda não flexibiliza o monopólio da União sobre a indústria do petróleo: na realidade, o mantém na sua integridade, tal qual configurado no texto constitucional vigente. Apenas – e apenas isto – admite que outras empresas a serem contratadas pela União possam também, tal qual ocorre com a Petrobrás, exercer as atividades monopolizadas. Há aí, na emenda, unicamente, ‘quebra’ de reserva de mercado atribuída à Petrobrás, isto é, fica mantido sem qualquer alteração o monopólio da União<sup>6</sup>.

A emenda em tela aborda as atividades dos segmentos de *downstream* e *upstream*, mas, no que concerne ao transporte, importação e exportação (*midstream*), continuaram sob o regime monopolista de entidade federal. Assim, manteve-se uma visão deturpada na seara constitucional, permanecendo a restrição ao acesso da livre iniciativa privada em tais setores, pois o monopólio federal não permite mais investimentos privados pela criação de vários regulamentos e requisitos para atuar nessas fatias de serviço.<sup>7</sup>

6 LIMA NETO. “Parecer da Comissão Especial do Congresso Nacional”, publicado no Diário do Congresso Nacional de 20/05/95, p. 10.638.

7 RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.48.

Vale ressaltar que, em 2005, foi movida uma ADIn, tendo em vista o fato de que, se a indústria do petróleo é monopólio da União, não comporta parceiros privados.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, com o voto do Ministro-relator Eros Grau, entendeu que não se pode confundir propriedade do bem com o monopólio da atividade. A União é dona do subsolo, da jazida, mas o produto da jazida pode ser objeto de concessão com parceiros privados. Ou seja, o art. 20, inciso IX, da CRFB fala que os recursos minerais pertencem à União, porém trata-se de propriedade do bem, e não de uma atividade econômica monopolizada.

O Supremo interpretou, ainda, que as atividades previstas no art. 177 da CRFB podem ter parceria do setor privado e este ficará com a propriedade do que encontrar na jazida. Uma vez que, se o petróleo é um bem público, portanto da União, ele é inalienável (art. 100 do CC). Ninguém poderia vender o petróleo. A propriedade não se confunde com o petróleo. Petróleo não é bem público, é produto da atividade de exploração, portanto pode ter participação do setor privado. Em suma, uma vez retirado do subsolo em função de uma atividade econômica, torna-se produto, que pode ser objeto de comercialização e de propriedade do agente que o produziu.

Por todo acima exposto, é possível verificar que essa reforma institucional da indústria de petróleo e gás no Brasil, introduzida pela Emenda Constitucional nº 9/95 e regulamentada pela Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), modificou o papel do Estado nesse setor, que passou de agente produtor para agente regulador, permitindo a participação de empresas privadas nas atividades de exploração e produção, até então sob monopólio da Petrobras.

A operação da indústria de petróleo divide-se em três partes:

*Upstream*: Engloba as atividades de identificação e localização das fontes de óleo. Em outras palavras, são as atividades de exploração, perfuração e produção.

*Midstream*: É a fase em que as matérias-primas são transformadas em produtos prontos para uso específico (gasolina, diesel

querosene, GLP). São as atividades de refinamento e transporte do petróleo e gás.

*Downstream*: É a parte logística. Transporte dos produtos da refinaria até os locais de consumo. Compreendendo o transporte, distribuição e comercialização (revenda). Nessa fase, há a fiscalização da ANP, que se faz nas distribuidoras de combustíveis, bem como nos postos, primando pela qualidade e abastecimento.

Nesse diapasão, é possível identificar alterações que alcançaram a Petrobrás, no que diz respeito a sua atuação no mercado competitivo, sendo criado um capítulo específico para regulamentar suas atividades, antes pela Lei 2.004/1953, que foi revogada.

O CNPE – Conselho Nacional de Política Energética<sup>8</sup> tem como atribuição elaborar propostas para assegurar o abastecimento interno e o aproveitamento racional dos recursos energéticos por meio de políticas públicas.

Diante do quadro de tantas mudanças e desafios trazidos pela Lei do Petróleo é que surgiu a ANP com o:

papel de regular as atividades do setor petrolífero, além de estimular seu desenvolvimento através da entrada de novos atores e de atuar nos mais diversos campos da indústria do petróleo, buscando sempre seu desenvolvimento e o respeito às práticas concorrenciais do mercado, para garantir da melhor forma possível a atuação de todas as empresas nesse setor.<sup>9</sup>

A ANP foi implementada e estruturada pelo Decreto 2.455/1998, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como dispõe o art. 7º da Lei do Petróleo:

Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.

---

8 O Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, é órgão de assessoramento do Presidente da República para formulação de políticas e diretrizes de energia. <http://www.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/cnpe>

9 FARIA NETO, Murilo Mariz de. *Evolução da indústria do petróleo e gás no Brasil e os desafios da ANP no atual modelo*. 2º Congresso Brasileiro de P&D em petróleo & gás. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/site\\_portugues/2\\_congresso.html](http://www.portalabpg.org.br/site_portugues/2_congresso.html), acessado em 17 de outubro de 2011.

Cumprе destacar que as principais características das agências reguladoras são a independência (autonomia), por ser última instância e não caber recurso hierárquico a outro ente do Poder Executivo para rever sua decisão; o poder normativo de elaborar normas técnicas regulamentando o setor de petróleo, gás e biocombustíveis; o poder de dirimir conflitos entre agentes econômicos e, também, entre estes e os consumidores e usuários dos bens e serviços provenientes do petróleo e seus derivados, por meio das sessões deliberativas da Diretoria da ANP, buscando assim a conciliação e o acordo.

A Lei 11.097/2005, dentre outras medidas, alterou a denominação da ANP, com vistas a abarcar a matriz energética do biocombustível, fixando a sede e o foro no Distrito Federal, mas escritórios no Rio de Janeiro.<sup>10</sup>

A ANP possui atribuições diferentes para cada segmento da indústria do petróleo apontado acima.

No *upstream*, a ANP tem como atribuição a definição dos blocos que serão licitados, bem como a elaboração dos atos referentes às licitações, além de fiscalizar a exploração, o desenvolvimento e o controle por meio da Superintendência de Controle das Participações Governamentais.

Já no *midstream*, cabe à ANP autorizar a construção de refinaria e Unidade de Processamento e de Estocagem de Gás Natural (UPGN), o transporte de petróleo, gás e derivados e a importação, exportação, movimentação e comercialização dos produtos supramencionados.

Por fim, no *downstream*, cumpre à ANP zelar pelo abastecimento, pela qualidade dos biocombustíveis e produtos oriundos do petróleo e do gás e proceder à fiscalização das atividades realizadas pelos particulares no comércio em geral.

Em suma, como se pode observar, as funções da ANP englobam desde a estruturação do setor petrolífero, por meio do controle sobre as práticas concorrenciais e o seu estímulo, até o fim da cadeia produtiva, com o reflexo dos ganhos para os con-

---

10 RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.58.

sumidores, atuando decisivamente em todas as etapas das atividades da indústria do petróleo, seja por intermédio de seu poder normativo, editando normas que irão reger tais atividades, seja por meio de seu poder fiscalizador, fazendo cumprir tais normas, e até mesmo de seu poder para dirimir conflitos entre os atores que atuam na indústria, surgidos em decorrência dessas atividades, agindo como conciliador e árbitro.

A ANP, que já tinha o desafio de adaptar-se às mudanças introduzidas pela Lei do Petróleo, com a descoberta do Pré-sal e a estruturação de sua exploração e produção, ganhou novas atribuições em função da promulgação da Lei 12.351/10, com competências definidas ao longo do texto legal, em especial no art. 11.

A precitada lei já sofreu alterações bastante significativas com a promulgação da Lei 13.365/16, que trouxe a possibilidade de a Petrobras optar se será ou não operadora e se irá participar da exploração. A regulamentação desses dispositivos foi objeto do Decreto 9.041/17.

## 2. OS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO UTILIZADOS NO SETOR DE PETRÓLEO

### 2.1. Formas de contratação para a exploração

Atualmente, no mundo, são utilizados basicamente 5 (cinco) modelos de regime de atividades de E&P: a concessão moderna (*license*), acordo de participação, partilha de produção, o acordo de serviço (*prestação de serviço*) e os *contratos híbridos ou compostos*.

Destaque-se que não existe utilização de um modelo puro e, ainda, diferem de país para país. A distinção entre os modelos é feita com a identificação de características-chaves de cada um deles. A identificação de um modelo depende das características marcantes dele; aí sim será possível dizer que se trata de concessão, de acordo de participação, de partilha de produção, de acordo de serviço ou de composto.

Pode-se dizer que um regime de E&P é de “Concessão” – *License*, que não se confunde com a nossa licença – quando é atribuído às petrolíferas o direito de exercer as atividades de ex-

ploração e produção sobre uma determinada área ofertada pelo Estado, por um tempo definido, sob seu próprio risco e, em caso de êxito, o óleo e o gás extraídos são de sua propriedade, bastando que remunerem o Estado por meio de *compensação financeira*.

Há dois tipos de concessão, a Clássica e a Moderna. Como a própria denominação indica, aquela foi a primeira a ser utilizada, e sua característica marcante estava no fato de compreender longo prazo de exploração, 60 (sessenta) anos, e em áreas muito extensas e, ainda, *royalties* muito baixos, mercado praticamente dominado por 7 (sete) empresas privadas (*The Seven Sisters*). A Moderna tem áreas concedidas e prazo dos contratos bem menores, pagamento de *royalties* bem mais altos, estando a maior parte da produção de petróleo, hoje, nas mãos de estatais. Nesses contratos, o risco integral é do concessionário, que terá, todavia, a propriedade do petróleo explorado.

O Acordo de Participação foi desenvolvido para substituir a Concessão Clássica e permitir a atuação de petrolíferas estrangeiras em países cuja legislação limitava ao Estado as atividades petrolíferas ou, ainda, para viabilizar a transferência de tecnologia e um controle maior do país anfitrião (*host country*) sobre as atividades de E&P. Os riscos da operação e os resultados são divididos entre a petrolífera estrangeira e o Estado, com o repasse da tecnologia empregada (*joint venture* ou *equitaty joint venture*).

O *Production-Sharing Contrats* - A Partilha de Produção - também é um modelo usado para substituir a *concessão*, em função das mesmas justificativas expostas anteriormente, sendo largamente utilizado por Estados em desenvolvimento e que detêm grandes reservas de petróleo e gás. Permite ao Estado deter maior controle sobre a produção, estocagem e venda do petróleo, visando a relações internacionais e desenvolvimento econômico do país. Muito embora haja ponderações que indicam que tais objetivos podem ser atingidos pelo modelo de concessão, a partir de elevação/redução do imposto de exportação sobre o petróleo e seus derivados, por aprovação ou não pelo Estado dos planos de exploração e de produção de petróleo das petrolíferas concessionárias etc.

No modelo de partilha de produção, uma empresa estatal ou um órgão público oferta área para que petrolífera explore sob mando de uma comissão operacional conjunta – nomeada pela estatal/órgão público e pela empresa exploradora. Nos países que operam com a partilha de produção, normalmente a maioria dos membros dessa comissão operacional é indicada pela estatal/órgão público. Daí ser um modelo indicado apenas quando o país detém pessoal bastante qualificado no setor, sob pena de não conseguir gerir as atividades e ser ludibriado pelas petrolíferas quanto a custos de produção e valores das jazidas de petróleo e gás. A produção é partilhada – daí o nome do modelo. O Estado fica com óleo/gás *in natura* e atua diretamente na exploração e produção de petróleo e gás, não havendo necessidade de intervenção regulatória forte no setor para fins de evitar efeitos málficos em outras áreas econômicas e nas relações internacionais.

A parte da produção que cabe ao Estado pode ser-lhe dada em dinheiro: a petrolífera pode ser autorizada a vender a parte do Estado ou a ficar com o óleo/gás e remunerar o Estado. Nesse caso, verifica-se maior semelhança com o modelo de concessão – no qual a propriedade do óleo/gás prospectado é da petrolífera concessionária, que paga a compensação financeira ao Estado. Por fim, o modelo de partilha é recomendável para países que têm baixa estabilidade institucional, que não possuem um sistema de leis sólido, principalmente quanto a tributação e a regulação de atividade petrolífera.

O Acordo de Serviço é entendido como Contrato Ordinário de Serviço, no qual dá-se a simples contratação, pelo Estado, do serviço de uma petrolífera, assumindo todos os riscos da operação, bem como ficando com todo o óleo e gás em caso de êxito; e o Contrato de Serviço de Risco, *Risk Service Contract*, é aquele no qual a petrolífera é contratada, mas opera sob seu próprio risco, só recebendo pagamento em caso de êxito. A remuneração é superior ao do outro tipo de contrato e se dá em óleo/gás, em dinheiro ou em desconto para a compra do óleo produzido. Esse modelo foi adotado pelo Brasil entre 1975 e 1988, dividindo espaço com o modelo de monopólio de E&P, cujos contratos eram celebrados pela Petrobrás com outras petrolíferas.



Por sua vez, os Contratos Híbridos ou Compostos são, como a própria denominação indica, um misto das demais modalidades. Há absorção do risco pelo contratado, com diferentes possibilidades de participação no gerenciamento do projeto e na divisão dos lucros.

### 3. CONTRATO DE PARTILHA E OS NOVOS DESAFIOS TRAZIDOS PELA LIBERDADE DE CONTRATAR ATRIBUÍDA À PETROBRAS

#### 3.1. Breve introdução

Antes de adentrar na abordagem sobre os contratos utilizados no Brasil, é importante destacar que a adesão ao modelo de Partilha da Produção, assim como o seria para qualquer outro modelo contratual, decorre do momento econômico vivenciado no país, do mesmo modo que ocorre com o sistema de intervenção estatal na economia e no mercado.

Cumpre destacar que, atualmente, no mundo, foram identificados cerca de 20 campos gigantes de petróleo, sendo que, no Brasil, estudo realizado para a aferição preliminar referente ao Pré-sal, identificou 6 campos gigantes: Libra, que foi objeto de Leilão em 2013 e que já está produzindo, Guará, Cernambi, Iara, Franco e Lula. Impossível não haver reflexão sobre o que se pretende auferir, em termos de sociedade, com todo esse potencial<sup>11</sup>.

Como já destacado anteriormente, as descobertas de petróleo no Brasil o conduziram a um novo patamar em relação ao mercado mundial de produção. Precisamente, as Bacias de Santos e de Campos são as grandes produtoras de óleo *offshore* do país, o que, numa visão econômico-geográfica, é fator de destaque, visto que as duas estão próximas dos dois maiores centros econômicos do país, Rio de Janeiro e São Paulo.

A localização desses grandes reservatórios encontra-se numa profundidade de difícil prospecção, levando o Estado brasileiro a realizar grandes investimentos em infraestrutura, aparelhagem e pesquisa de técnicas de prospecção.

<sup>11</sup> Ver mais profundamente em TOLMASQUIN, Maurício, PINTO JUNIOR, Helder. Marcos Regulatórios da Indústria do Petróleo. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 4.

Na busca pela autossuficiência na produção e pelos lucros na venda do que for prospectado, foi preciso, segundo Elaine Ribeiro, “que o Brasil ampliasse a proteção dessas riquezas e elaborasse um novo modelo regulatório, para permitir melhor gerência por parte da União, ou seja, do povo brasileiro na produção das explorações”.<sup>12</sup> Nesse sentido, foi necessária a criação do referido “novo marco regulatório”, para dar prosseguimento a mais esse desafio brasileiro, o Pré-Sal.

### 3.2. Cessão Onerosa

Capítulo à parte e, em função do modelo de partilho adotado no Brasil, houve a premente imperiosidade de capitalização da Petrobras para tanto, veio à tona o que se denominou “Cessão Onerosa”, por meio da Lei 12.276/10. Com esse marco legal, a União cede à Petrobras a titularidade do petróleo, gás e dos hidrocarbonetos fluidos produzidos nos termos do contrato, sendo intransferível tal cessão.

Na verdade, a cessão onerosa consistiu em:

O acordo de cessão onerosa foi fechado entre o governo federal e a Petrobras em 2010 e permitiu que a estatal explorasse, sem licitação, 5 bilhões de barris de petróleo em campos do pré-sal na bacia de Santos. Em troca, o governo recebe parte do óleo produzido. A medida serviu para capitalizar a empresa<sup>13</sup>.

Encontra-se em fase de negociação entre a Petrobras e a União, pois o que se imaginava, na ocasião da celebração do Contrato de Cessão Onerosa, é que haveria uma determinada quantidade de petróleo, e o que se constatou é que havia muito mais. A ANP estima que há entre 6 e 15 bilhões de barris, a que se denomina “excedente da cessão onerosa”. Proximamente, se terá uma solução desse impasse. O lado positivo dessa discussão é a identificação de que nem as melhores expectativas imaginariam que as reservas ultrapassassem e muito o que se estimava.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>13</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-e-petrobras-vao-formar-comissao-para-discutir-cessao-onerosa.ghtml> de 16/01/218, acesso em 26/02/2018.

### 3.3. A liberdade de contratar atribuída à Petrobras

Como já se destacou, não só mudanças no âmbito legal e jurídico foram necessárias, mas também em nível estrutural.

Observe-se que, inicialmente, o objetivo era ter a Petrobras como única operadora dos poços nas bacias hidrográficas. Entretanto, visto o volume e a grandiosidade do empreendimento, foi necessário abrir a empresas particulares a possibilidade de participação na produção petrolífera brasileira, sem prejuízo à empresa estatal, que mesmo nesses casos deveria ter participação mínima de 30%.

Com a alteração decorrente da promulgação da Lei 13.365/16, que, como já se destacou, trouxe a possibilidade de a Petrobras optar se será ou não operadora e se irá participar da exploração, e, ainda com a sua regulamentação, por meio do Decreto 9.041/17, tal obrigação foi flexibilizada.

No que tange à parte operacional do contrato, portanto, se dá em função da constituição de um consórcio entre o setor público, representado pela Petrobras, e a iniciativa privada, representada pelas *International Oil Companies*. Observe-se que essas mudanças são relativas somente à área do Pré-Sal e a áreas estratégicas. Assim, reitere-se, áreas já licitadas continuarão com o antigo regime de contratos de concessão, bem como as áreas *onshore* e, no que tange às *offshore*, fora do Polígono do Pré-sal.

Nesse modelo contratual, o risco das atividades desenvolvidas é do consórcio<sup>14</sup>, bem como seus custos para a produção. Ao primeiro olhar, o referido contrato não parece oferecer grande vantagem às empresas petrolíferas. Entretanto, na atenta análise dos valores envolvidos, percebe-se que mesmo arcando com todos os investimentos, que serão, posteriormente, pagos em produção, ainda é de grande vantagem a participação da iniciativa privada.

---

<sup>14</sup> Sobre a, ainda, discussão sobre consórcio e *joint venture*, ver em MARSHALL, Carla. Reorganização Societária e Alianças Estratégicas in MARSHALL, Carla. Direito Societário – Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009, p. 119.

## No entendimento de Marilda Rosado de Sá<sup>15</sup>, no PSA:

A estatal do país hospedeiro tem participação na administração, e a IOC assume o risco da parte técnica e financeira da operação em uma determinada área sob contrato; a produção pertence ao país hospedeiro; após recuperação dos custos, a produção é rateada entre a estatal e a IOC, de acordo com percentual predeterminado; a renda da IOC é sujeita à tributação; os equipamentos e instalações são propriedade do país hospedeiro.

As *International Oil Companies*, ou seja, as empresas privadas de prospecção e produção de petróleo e derivados são, segundo um estudo da Universidade de Stanford, muito mais rentáveis do que as *National Oil Companies*, as empresas nacionais de produção petrolífera, pelo simples fato de que “as motivações econômicas são distintas”. Nas IOCs, tenta-se produzir rapidamente para um rápido retorno financeiro. Já as NOCs representam geralmente interesses estatais que se refletem no prolongamento do tempo de produção para a preservação das riquezas pelo maior tempo possível.

Nos contratos que estarão em vigência no Brasil, é assegurada às empresas uma forma de participação nos lucros, ou seja, após a prospecção, ocorre a partilha do que deve ser de direito do Estado detentor das jazidas e o que deve ser de direito da empresa prospectora.

Na expectativa de um quantitativo expressivo de novos contratos no modelo de Partilha da Produção, foi constituída a PPSA – Pré-Sal, Petróleo S.A., conforme dispõe a Lei 12.304/2010, sob a forma de Sociedade Anônima e integrante da Administração Pública Indireta, cujos recursos são, majoritariamente, advindos das rendas na gestão dos contratos, restrita à área do Pré-sal.

Na verdade, já houve muito debate acerca da criação da PPSA – Pré-sal Petróleo S.A, contudo, já está ultrapassada essa discussão. A PPSA é uma gestora do contrato e não produz óleo, tendo a base técnica, mesmo na área do Pré-sal, a cargo da ANP.

15 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo – as *joint ventures* na indústria do petróleo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163/4.

É importante notar que, apesar das peculiaridades do Contrato de Partilha, este se submete às regras de qualquer outra modalidade de contrato, tendo seu vencimento correlato ao prazo estabelecido pelas partes; pelos motivos de resolução previstos; pelo término da fase de exploração sem descobertas que sejam comerciais; e pela desistência da parte contratada.

A experiência de aplicação desses contratos em outros países mostra que a viabilidade em solo brasileiro é vantajosa não só para as empresas, mas também para a União, que continua com a propriedade do petróleo e dos hidrocarbonetos. Países como México e Noruega, que também possuem petróleo em águas profundas, adotaram modelos similares bem-sucedidos, o que pode demonstrar um possível êxito na adoção de tal regime em solo brasileiro.

A recente revisão do modelo de partilha, dando maior liberdade à Petrobras, parece demonstrar uma maior adequação a ela, é uma sociedade de economia mista e deve poder exercer o direito à livre associação e iniciativa. Portanto, certamente, dará condições à Petrobras de opinar e exercer a alternativa de não participar em operações que não sejam do seu interesse.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu fornecer um panorama daquilo que ainda irá se desdobrar nos próximos leilões que irão transcorrer nos próximos três anos, cuja agenda já foi divulgada.

O interesse na exploração do pré-sal aumenta quando a oscilação do preço do barril de petróleo cresce no mercado externo.

A obrigação imposta à Petrobras, no regime de partilha, sempre pareceu extremamente onerosa e desigual. A flexibilização de sua participação a desonera e ela passa a atuar como agente econômico autônomo. A participação do capital privado impõe medidas de equilíbrio entre o interesse estatal e o interesse privado, muito embora impossível olvidar tratar-se de um segmento estratégico para qualquer país do mundo.

Só o futuro irá dizer se bastará apenas essa medida ou se ainda serão necessários novos ajustes, com vistas à obtenção de lucros reais que possam auxiliar e conduzir ao desenvolvimento econômico sustentável do país. ♦

## 5. REFERÊNCIAS

AMUI, Sandoval. *Petróleo e Gás Natural – para advogados e negociadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

FARIA NETO, Murilo Mariz de. *Evolução da indústria do petróleo e gás no Brasil e os desafios da ANP no atual modelo*. 2º Congresso Brasileiro de P&D em petróleo & gás. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/site\\_portugues/2\\_congresso.html](http://www.portalabpg.org.br/site_portugues/2_congresso.html).

MARSHALL, Carla. *Direito Societário – Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

NETO, Lima. “Parecer da Comissão Especial do Congresso Nacional”, publicado no Diário do Congresso Nacional de 20/05/95.

RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – as joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOLMASQUIN, Maurício, PINTO JUNIOR, Helder. *Marcos Regulatórios da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

YERGIN, Daniel. *O Petróleo. Uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro*. São Paulo: Paz e Terra. 2010.